

AUFSÄTZE

1

Die Rolle des Notars bei der Erstellung der Gesellschafterliste

von Dr. Nina Leonard, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin, v. Boetticher Hasse Lohmann, München

A. Einleitung

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (kurz: „MoMiG“) am 01.11.2008 häufen sich Gerichtsentscheidungen, die sich mit den Anforderungen an die Gesellschafterliste und Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG auseinander setzen¹. Die Registergerichte nehmen die Aufwertung der Gesellschafterliste mit Inkrafttreten des MoMiG offenbar ernst. Sie tragen damit der Aufwertung der Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG), der durch die Gesellschafterliste unwiderruflich begründeten Vermutung gegenüber der Gesellschaft, dass die in der Liste eingetragene Person Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils ist (vgl. § 16 Abs. 1 GmbHG), sowie der Gesellschafterliste als Anknüpfungspunkt einer Haftung für rückständige Einlagen (vgl. § 16 Abs. 2 GmbHG) Rechnung.

Wiederholt ist die Rolle des Notars bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste in Rechtsprechung und Literatur diskutiert worden.

B. Die Rechtslage

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat ein Notar in dem Fall, dass er an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, die geänderte Gesellschafterliste – anstelle des Geschäftsführers – zu unterschreiben, die Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Gesellschafterliste an die Gesellschafter zu übermitteln. Zudem muss die von dem Notar erstellte Gesellschafterliste mit einer Bescheinigung versehen werden, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zu-

letzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

C. Diskutierte Probleme

Die Lawine von Beiträgen und Urteilen, die diese gesetzlichen Anforderungen an die von dem Notar zu unterschreibende Gesellschafterliste und die Notarbescheinigung ausgelöst haben, hat seit Inkrafttreten nicht abgenommen.

I. Mitwirkungshandlungen des Notars

Bei einzelnen Fallgestaltungen kann schon zweifelhaft sein, ob gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG der Geschäftsführer oder gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG der Notar die Gesellschafterliste zu unterschreiben hat. Unstreitig dürfte sein, dass eine die Pflichten des § 40 Abs. 2 GmbHG auslösende Mitwirkung des Notars im Falle der Anteilsübertragung, die notariell beurkundet werden muss, vorliegt. Andere Fälle – etwa die Mitwirkung an Kapitalmaßnahmen und Umwandlungsvorgängen² – werden dagegen kontrovers diskutiert.

So hatte das OLG München³ über eine Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eines Registergerichts, wonach die von dem Notar eingereichte und von dem Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft unterschriebene Gesellschafterliste nicht akzeptiert und der Notar aufgefordert wurde, eine neue Gesellschafterliste, die von ihm unterschrieben war, einzureichen, zu entscheiden.

Der Notar hatte eine Gesellschafterversammlung einschließlich des Beschlusses über eine Kapitalerhöhung durch Aufstockung eines Geschäftsanteils und die Übernahmeerklärung des zugelassenen Gesellschafters beurkundet. Die nach Eintragung dieser Kapitalerhöhung dem Registergericht vorgelegte Gesellschafterliste war indes nicht von dem Notar, sondern von dem Geschäftsführer der Gesellschaft unterschrieben. Der Notar war der Auffassung, dass kein Fall von § 40 Abs. 2 GmbHG vorläge, weil er an der Veränderung (nämlich der Kapitalerhöhung) nicht mitgewirkt habe. Die Kapitalerhöhung sei nämlich erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam geworden, vgl. die §§ 57, 54 Abs. 3 GmbHG.

Das OLG München kam zu dem Ergebnis, dass die Gesellschafterliste von dem Notar zu unter-

schreiben war. Es stellt zunächst klar, dass mit Inkrafttreten des MoMiG der Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einbezogen werde. So solle eine erhöhte Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Gesellschafter sichergestellt und die Verfahrensabläufe im Interesse aller Beteiligten vereinfacht werden. Unerheblich sei, dass im vorliegenden Fall die Kapitalerhöhung erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam geworden sei. Entscheidend sei vielmehr, dass der Notar an der Kapitalerhöhung und damit bei Veränderungen i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG beteiligt war. Die nach Eintragung in das Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste beruhe auf den vorangegangenen Beurkundungen des Notars (Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Übernahmeerklärung des betreffenden Gesellschafters) sowie der Beglaubigung der Unterzeichnung unter der Handelsregisteranmeldung. Die Einreichung der neuen Gesellschafterliste sei eine „Folgeformalie“, die nach dem gesetzgeberischen Willen allein durch den Notar zu erledigen sei.

Das OLG München folgte ferner insoweit dem Registergericht, als es eine unmittelbare Mitwirkung des Notars bejaht hat. Eine unmittelbare Mitwirkung des Notars sei nämlich schon dann gegeben, wenn der Notar selbst die Urkunde, die eine Veränderung herbeigeführt hat, beurkundet oder entworfen hat und anschließend die Unterschrift unter die Handelsregisteranmeldung beglaubigt. So auch im vorliegenden Fall. Es lässt deshalb offen, ob und ggf. inwieweit sich die Pflicht i.S.d. § 40 Abs. 2 GmbHG auch auf eine mittelbare Mitwirkung des Notars erstreckt⁴.

II. Unterschrift des Notars

Eine Vielzahl von Gerichten hat sich mit dem Erfordernis der Unterschrift unter einer Gesellschafterliste durch den Notar (vgl. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) auseinandergesetzt. Wiederholt stand die Frage im Mittelpunkt, ob eine Unterschrift unter der Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Gesellschafterliste, die gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu unterschreiben ist, mitumfasse.

1. LG Dresden

Das LG Dresden⁵ hat entschieden, dass eine gesonderte Unterschrift neben der Unterschrift der Bescheinigung nicht zu verlangen ist. Es genüge

vielmehr eine einzige Unterschrift des Notars unter Gesellschafterliste und Bescheinigung, wenn die Bescheinigung des Notars dergestalt mit der Gesellschafterliste verbunden ist, dass sie der Gesellschafterliste unmittelbar nachfolgt. In diesem Fall decke nämlich die Unterschrift des Notars sowohl die Gesellschafterliste als auch die Bescheinigung ab, weil sie Gesellschafterliste und Bescheinigung räumlich abschließe. Zweifel, dass die Gesellschafterliste von dem Notar, der die Bescheinigung unterzeichnet hat, erstellt und eingereicht wurde, seien in einem solchen Fall nicht ersichtlich. Damit sei dem Sinn und Zweck des Unterschriftserfordernisses unter der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG genügt.

2. LG München I

Das LG München I⁶ hält eine Unterschrift (nur) unter die Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG dagegen wohl nicht für ausreichend. Der von dem LG München I entschiedene Fall war allerdings insoweit anders als der vorstehend unter 1. dargestellte Fall des LG Dresden gelagert, als die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer unterschrieben und der Bescheinigung beigelegt war. Die Unterschrift des Notars unter der Bescheinigung konnte deshalb nicht als Unterschrift der Gesellschafterliste, die der Bescheinigung nämlich nachfolgte, gewertet werden. In diesem Fall wäre möglicherweise auch das LG Dresden nicht zu der Auffassung gelangt, dass den Anforderungen an die Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG genügt worden ist.⁷

3. OLG München

Das OLG München⁸ hält ebenfalls zwei Unterschriften des Notars nicht für erforderlich, wenn der Notar die Bescheinigung unterschrieben und diese Unterschrift unter der einheitlichen Urkunde, die Liste und Bescheinigung enthält, hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Liste von dem Notar erstellt wurde. Der Fall liege allerdings anders, wenn der Notar eine von dem Geschäftsführer unterschriebene Liste mit einer auf einem gesonderten Blatt abgefassten Bescheinigung eingereicht habe. Bei dieser Gestaltung werde nicht hinreichend deutlich, dass sich die unter der Bescheinigung angebrachte Unterschrift des Notars auch auf die Gesellschaf-

terliste beziehen soll, die bereits die Unterschrift des Geschäftsführers trägt.

III. Bescheinigungspflicht des Notars

Das OLG München⁹ hat klargestellt, dass die Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG selbst dann zu erteilen ist, wenn die im Handelsregister vorhandene Gesellschafterliste nicht den Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, weil sie vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurde. Der Notar habe stets von der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste auszugehen. Eine Prüfungspflicht, ob diese Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist, treffe ihn indes nicht.

IV. Gebühren

Nicht immer stehen indes die inhaltlichen Anforderungen an die Unterschrift oder die Bescheinigung durch den Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG im Mittelpunkt. So hatte das OLG Celle jüngst über etwaige Gebühren, die aufgrund der Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG anfallen, zu entscheiden.¹⁰ Es kam in der vorgenannten Entscheidung zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Notarbescheinigung um ein Nebengeschäft i.S.v. § 35 KostO handele, so dass der Ansatz einer gesonderten Gebühr gemäß § 50 KostO nicht in Betracht komme.

D. Auswirkungen für die Praxis

Angesichts der Aufwertung der Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und der Legitimationswirkung eines Eintrags in der Gesellschafterliste sind die gesetzlichen Vorgaben des § 40 Abs. 2 GmbHG ernst zu nehmen. Nimmt ein Registergericht eine Gesellschafterliste nicht im Handelsregister auf, weil der Notar den gesetzlichen Vorgaben des § 40 Abs. 2 GmbHG nicht Rechnung getragen hat, kann dies weitreichende Folgen haben. Der Notar, der sich pflichtwidrig weigert, die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu unterschreiben und die Notarbescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu erteilen, verletzt seine öffentlich-rechtliche Amtspflicht¹¹.

Häufig bereiten an der Maßnahme beteiligte Anwälte die gesamte Dokumentation einschließlich der Gesellschafterliste vor. Es sollte bereits dann

darauf geachtet werden, dass eine Unterschrift durch den Notar vorgesehen wird. Da die Notare bei der Gesellschafterliste und insbesondere der Notarbescheinigung regelmäßig ihr eigenes Format und ihre eigenen Formulierungen verwenden möchten, ist eine Vorbereitung der Gesellschafterliste durch den beratenden Anwalt in derartigen Fällen aber möglicherweise ohnehin nicht zielführend.

E. Literaturempfehlungen

Ising, *Gesellschafterliste nach Umwandlungen: Probleme in der Praxis*, NZG 2010, 812.

Wachter, *Zur Frage der Voraussetzungen für eine gesetzeskonforme Einreichung einer notarbescheinigten Gesellschafterliste*, BB 2009, 1775.

-
- ¹ Hierzu z.B. OLG München, Beschl. v. 07.07.2010 - 31 Wx 073/10 m. Anm. Bormann/Hösler, *jurisPR-HaGesR* 9/2010, Anm. 2 sowie LG Dresden, Beschl. v. 08.04.2009 - 42 HKT 10/09 m. Anm. Leonard, *jurisPR-HaGesR* 12/2009, Anm. 4.
 - ² Hierzu z.B. Ising, NZG 2010, 812.
 - ³ OLG München, Beschl. v. 07.07.2010 - 31 Wx 073/10 m. Anm. Bormann/Hösler, *jurisPR-HaGesR* 9/2010, Anm. 2.
 - ⁴ Hierzu etwa OLG Hamm, Beschl. v. 01.12.2009 - 15 W 304/09 - ZIP 2010, 128 sowie Ising, NZG 2010, 812.
 - ⁵ LG Dresden, Beschl. v. 08.04.2009 - 42 HKT 10/09 m. Anm. Leonard, *jurisPR-HaGesR* 12/2009, Anm. 4.
 - ⁶ LG München I, Beschl. v. 19.02.2009 - 17 HK T 1876/09 - BB 2009, 1774.
 - ⁷ Hierzu auch Wachter, BB 2009, 1775.
 - ⁸ OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 - 31 Wx 38/09 - DB 2009, 1395.
 - ⁹ OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 - 31 Wx 38/09 - DB 2009, 1395.
 - ¹⁰ OLG Celle, Beschl. v. 25.06.2010 - 2 W 161/10.
 - ¹¹ Siehe zur Haftung des Notars Altmeyen in Roth/Altmeyen, *GmbHG*, 6. Aufl. 2009, § 40 Rn. 19, Hasselmann, NZG 2009, 486 sowie Ising, NZG 2010, 812.